

PROCESSO - A. I. Nº 210587.0818/15-3
RECORRENTE - JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0053-02/17
ORIGEM - IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/06/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0104-11/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. A lavratura deste Auto de Infração vai de encontro com Liminar que determinou a inexistência de quaisquer cobranças a título de ICMS com fundamento do Decreto nº 14.213/12. Infração descaracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 30/08/2015, o qual exige crédito tributário de R\$60.469,42, já acrescido da multa de 150%, por ter o autuado deixado de proceder ao recolhimento do ICMS Retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para Contribuintes localizados no Estado da Bahia, com inscrição Estadual Substituto Tributário Descredenciado.

A “Descrição dos Fatos” informa que o Recorrente “... transportava 2020 volumes de mercadorias de higiene para uso humano constante nos Danfes emitidas por autuada especificados nos DACTES: 21649, 21650, proveniente do estado da Paraíba. Autuada deixou de proceder o recolhimento do ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias elencadas no anexo 88, realizadas para Contribuintes localizados no estado da Bahia, sem o respectivo recolhimento feito através da GNRE. Estando o autuado declarada INADIMPLENTE com restrição de crédito-Dívida Ativa. Em desacordo com o Convênio ICMS 81/93. E, como prova do ilícito fiscal foi feita a apreensão das mercadorias e dos documentos fiscais.”

A 2ª JJF apreciou a lide em 12/04/2017 e decidiu pela Procedência do auto nos seguintes termos abaixo reproduzidos:

“VOTO

Preliminarmente foi arguida a nulidade do Auto de Infração por ausência dos requisitos para o regular lançamento. Todavia, essa preliminar não merece prosperar, uma vez que, ao contrário do alegado na defesa, o Auto de Infração preenche todos os requisitos de validade previstos nos incisos do artigo 39 do RPAF-BA/99. A descrição do ilícito fiscal é clara e precisa - falta de recolhimento de ICMS retido -, o valor exigido no lançamento de ofício corresponde ao ICMS devido por substituição tributária (ICMS-ST) que foi apurado e retido pelo próprio autuado, conforme os destaques do imposto nas notas fiscais cujos DANFES estão acostados ao processo (fls. 8 a 12). Portanto, há nos autos elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração que foi apurada pela fiscalização e o montante devido pelo sujeito passivo.

A lavratura do Auto de Infração encontra-se devidamente motivada na legislação vigente à época dos fatos, a qual exigida que a circulação das mercadorias relacionadas na autuação fosse efetuada acompanhada da GNRE, uma vez que o autuado não estava habilitado a efetuar o recolhimento do imposto no mês subsequente, como restará demonstrado neste voto.

Conforme já relatado, no Auto de Infração em epígrafe o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas

realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Em sua defesa, o autuado alega que não houve falta de recolhimento do ICMS-ST, pois esse recolhimento em tela poderia ser efetuado até o mês subsequente ao da operação interestadual, nos termos da cláusula quinta do Protocolo ICMS 105/09.

Efetivamente, o disposto no art. 332, §2º, do RICMS-BA/12, prevê que os contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS), que preencham cumulativamente os requisitos indicados nos incisos daquele parágrafo, podem efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do documento fiscal. Por seu turno, a cláusula quinta do Protocolo ICMS 105/09 também prevê o recolhimento no mês subsequente.

Contudo, o argumento defensivo não se sustenta, pois, conforme o documento de fl. 6, o autuado, apesar de inscrito no CAD-ICMS, estava no momento da ação fiscal descredenciado para efetuar o recolhimento do ICMS-ST no mês subsequente, uma vez que se encontrava “com restrição de crédito-Dívida Ativa”, não atendendo, portanto, à condição prevista no inciso II do §2º do art. 332 do RICMS-BA/12, qual seja: não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa.

As disposições contidas no Protocolo ICMS 105/09 também não socorrem o autuado, pois, conforme foi explicado na informação fiscal, o Convênio ICMS 81/93, ao estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, prevê na sua cláusula décima que “Constatado o não recolhimento do ICMS por parte do sujeito passivo por substituição, a unidade da Federação de destino da mercadoria poderá suspender a aplicação do respectivo Convênio ou Protocolo, em relação ao inadimplente, enquanto perdurar a situação, sujeitando-se a exigência do imposto às regras da legislação da unidade da Federação credora”.

O defendente argumenta que tem certidão negativa expedida em 08/09/15. Contudo, essa certidão negativa, apesar de não ter sido trazida aos autos na defesa, não seria capaz de elidir a autuação, uma vez que era posterior à ação fiscal. Além disso, há que se ressaltar que na data da ação fiscal, 29/08/15, o autuado possuía restrição de crédito - Dívida Ativa (fl. 6).

A apreensão de mercadorias, nos termos do art. 28, inc. IV, do RPAF-BA/99, tem como objetivo a comprovação material da infração, não servindo, portanto, para obrigar o sujeito passivo a efetuar o pagamento do imposto. Ademais, há que observar que no caso em comento, após a lavratura do Auto de Infração, as mercadorias foram prontamente liberadas, consoante o Termo de Liberação à fl. 13 dos autos. Assim, a jurisprudência citada pelo autuado relativamente a apreensão de mercadorias não se aplica ao presente caso.

No que tange ao direito do autuado ao crédito fiscal decorrente da operação interestadual, o argumento defensivo não merece acolhimento, uma vez que tal crédito foi considerado na apuração do imposto, como se depreende do demonstrativo de fl. 3. Além disso, há que se ressaltar que o imposto que está sendo exigido no Auto de Infração em comento é o que foi apurado e destacado nos documentos fiscais pelo próprio autuado.

As alegações defensivas atinentes ao Decreto Estadual nº 14.213/12, não possuem qualquer pertinência com a presente lide, uma vez que o Auto de Infração em comento não está relacionado a esse Decreto Estadual, mas sim à Lei nº 7.014/96, ao Protocolo ICMS 105/09 e, subsidiariamente, ao Convênio ICMS 81/93.

Considerando que o presente Auto de Infração não se refere ao Decreto Estadual nº 14.213/12, depreende-se que a matéria tratada no Mandado de Segurança nº 0001184-25.2013.8.05.000 não guarda identidade com a matéria em análise no presente processo administrativo fiscal. Desse modo, cai por terra a argumentação defensiva atinente à Liminar obtida no citado Mandado de Segurança.

O defendente faz alusão a recolhimento a menos de imposto, porém, mais uma vez, essa alegação não guarda qualquer correlação com o presente Auto de Infração, o qual trata de falta de recolhimento de ICMS-ST retido.

Considerando que o autuado não estava credenciado a efetuar o recolhimento do ICMS-ST no mês subsequente ao da emissão da nota fiscal, foi correto o posicionamento do autuante ao exigir, no trânsito das mercadorias, o crédito tributário que foi objeto do Auto de Infração em comento.

Não há com se aplicar ao presente caso a decisão tomada por este Conselho de Fazenda no Acórdão JFJ Nº 0167-05/14, pois esse citado acórdão tratou de um processo referente a um Auto de Infração que foi lavrado para exigir ICMS em razão de falta de retenção de ICMS-ST, situação que não guarda semelhança com a tratada no presente Auto de Infração.

Em face ao acima exposto, a infração imputada ao autuado restou devidamente caracterizada.

Por fim, ressalto que a multa de 150% indicada na autuação é a prevista no artigo 42, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade descrita no Auto de Infração, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade desse dispositivo legal, conforme prevê o art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB). Dessa forma, ultrapasso as alegações defensivas atinentes ao suposto caráter de confisco da multa indicada na autuação, bem como afasto a tese de que a referida penalidade afrontaria os princípios constitucionais da proporcionalidade, da

razoabilidade e da moderação.

No tocante à solicitação do defendente para que as intimações referentes ao cumprimento de qualquer exigência do presente Auto de Infração sejam realizadas em nome dos advogados Roberto Greco de Souza Ferreira, OAB/SP 162.707 e Marcos Ferraz Souza, OAB/BA 15.797, observo que inexistente qualquer impedimento para que tal providência seja tomada pela Secretária deste CONSEF. Porém, ressalto que não haverá razão para nulidade desde que as intimações sejam efetuadas nos termos dos artigos 108 e 109 do RPAF-BA/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com o “*decisium*” proferido, o Contribuinte, com fulcro no art. 169, I, “b” do RPAF/99 interpôs Recurso Voluntário contra argumentando as razões que ensejaram à Procedência do Auto de Infração nos seguintes termos:

Cita que no Auto de Infração não há menção de como foi apurada a suposta falta de recolhimento do imposto, conforme reza o art. 39 do RPAF, e que a autoridade fiscal não trouxe aos autos qualquer elemento probatório que comprovasse o referido recolhimento a menor.

Questiona, ainda, que o referido Auto de Infração está fundamentado somente no art. 10 da Lei nº 7.014/96 e nas Cláusulas primeira e quarta do Protocolo ICMS 105/09, e que o art. 38 da Lei nº 7.014/96 não havia sido mencionado no lançamento (e sim no acórdão), revelando a ausência de fundamentação do Auto de Infração.

Segue afirmando que não houve falta de recolhimento do ICMS ST na remessa interestadual promovida por Contribuinte com inscrição na Bahia, na condição de substituto tributário, já que o Recorrente encontrava-se dentro do prazo legal para efetuar o pagamento do imposto, por força da Cláusula Quinta do Protocolo ICMS 105/09.

Salienta que a falta de recolhimento ou o recolhimento a menor não foram comprovados pela autoridade administrativa, e segue reiterando os termos expostos na defesa no que pertine ao ônus da prova por parte da fiscalização, assim como a explanação da motivação do lançamento fiscal, colacionando o posicionamento do E. STJ sobre o tema.

Assim, entende que em face da insubsistência da ação fiscal, conclui-se que a exigência do crédito tributário não observa o disposto no art. 142 do CTN e, por consequência, ofende os princípios norteadores do PAF, devendo ser anulado o lançamento fiscal.

Aduz que conforme decidido no julgamento de primeira instância a motivação do lançamento fiscal seria a ausência de CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL expedida em nome da Recorrente e, portanto, haveria a obrigação de recolhimento da antecipação do ICMS por meio de GNRE.

Vale dizer, que a ora Recorrente estaria impedida de realizar o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária até o mês subsequente ao da remessa da mercadoria, conforme previsto na CLÁUSULA QUINTA do PROTOCOLO ICMS 105/2009.

Alega que em que pese os argumentos apresentados pela Fiscalização e acolhidos por esta C. Turma Julgadora, a Recorrente, estava regular na data do lançamento fiscal (30/08/2015), conforme comprovam as certidões positivas com efeitos de negativa emitidas em 27/07/2015 (nº 20150907150) e em 08/09/2015 (nº 20151114761), ambas com validade de 60 (sessenta) dias (doc. 02). Confirma-se:



GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA

Emissão: 27/07/2015 11:20

Certidão Especial de Débitos Tributários
(Positiva com efeito de Negativa)

(Emitida para os efeitos dos arts. 113 e 114 da Lei 3.956 de 11 de dezembro de 1981 - Código Tributário do Estado da Bahia)

Certidão Nº: 20150907150

RAZÃO SOCIAL	
JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS PARA SAU	
INSCRIÇÃO ESTADUAL	CNPJ
114.836.179	54.516.661/0076-10



GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA

Emissão: 08/09/2015 18:27

Certidão Especial de Débitos Tributários
(Positiva com efeito de Negativa)

(Emitida para os efeitos dos arts. 113 e 114 da Lei 3.956 de 11 de dezembro de 1981 - Código Tributário do Estado da Bahia)

Certidão Nº: 20151114761

RAZÃO SOCIAL	
JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS PARA SAU	
INSCRIÇÃO ESTADUAL	CNPJ
114.836.179	54.516.661/0076-10

Ressalta que nos termos dos artigos 205 e 206 do Código Tributário Nacional, as certidões negativas fazem prova da regularidade fiscal do contribuinte perante a fiscalização, e as certidões positivas com efeito de negativa possuem os mesmos efeitos que as certidões negativas.

Entende ser importante mencionar que a regularidade fiscal da Recorrente está no sistema da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia e, portanto, a Fiscalização e a 2ª Junta de Julgamento Fiscal não podem alegar desconhecimento da emissão do documento.

Afirma que todos os débitos em nome do recorrente estão com sua exigibilidade suspensa em razão da medida Liminar concedida em sede de Mandado de Segurança, o qual afasta a aplicação do Decreto Estadual Nº 14.213/2012. Reitera os termos do Writ concedido.

Repete que o recorrente sempre esteve amparada pela Liminar concedida com fundamento no referido Mandado de Segurança, e que, portanto, jamais poderia ser considerada inadimplente pela Fazenda, restando comprovada a insubsistência do lançamento fiscal objeto deste Auto de Infração em lide.

Nesse sentido, convém ressaltar que a medida liminar concedida em sede de mandado de segurança, a teor do disposto no artigo 151, inciso IV, do CTN, é uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

VI - o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes."

Frisa que a Fazenda do Estado da Bahia lavrou (em 30/08/2015) o presente Auto de Infração após a concessão da medida liminar (em 31/07/2013), que determinou a suspensão da exigibilidade do ICMS cobrado com base na não aplicação das disposições do Decreto Estadual nº 14.213/2012.

Portanto, com as mercadorias em trânsito, nas remessas interestaduais promovidas por contribuinte com inscrição na Bahia, na condição de substituto tributário, não houve falta de recolhimento do ICMS-ST, pois a Recorrente se encontrava dentro do prazo legal para efetuar o pagamento, por força da cláusula quinta do Protocolo ICMS 105/09, mês subsequente ao da remessa da mercadoria.

Destaca que, muito embora o v. acórdão recorrido entenda que este lançamento fiscal não guarda relação com o Decreto Estadual nº 14.212/2012, é certo que em momento algum a Fiscalização demonstra a origem da discriminação dos valores envolvidos (imposto e crédito).

Requer que deve ser reconhecida a insubsistência do lançamento fiscal, na medida que a Recorrente sempre esteve amparada pelas certidões de Regularidade Fiscal emitidas em 27/07/2015 e 08/09/2015 e pela medida liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 0001184-25.2013.8.05.0000, de modo que jamais poderia ser considerada inadimplente perante a Fazenda do Estado da Bahia.

Questiona a multa aplicada de 150%, alegando o seu caráter inconstitucional por ofensa que proíbe a utilização de TRIBUTOS COM EFEITO DE CONFISCO, conforme art. 150, IV da CF/88.

Trouxe aos autos, nesse sentido, trecho de decisão do STF tendo como Relator o Ministro Celso de Melo (ADI nº 1.075-MC).

Informa, também, que a Recorrente, em outro caso idêntico, obteve decisão favorável proferida pela 3ª JF do CONSEF no Acórdão nº 0158-03/16 que decidiu por anular o lançamento fiscal em razão de vícios materiais e formais insanáveis.

Por fim, requer o provimento do Recurso Voluntário para: a) reconhecer a insubsistência do lançamento fiscal, amparada pelas citadas certidões de regularidade fiscal, bem como pela medida Liminar concedida e, portanto, inexistente a inadimplência para com a Fazenda do Estado da Bahia; b) a anulação do Auto de Infração em razão dos vícios materiais e formais insanáveis do lançamento fiscal, nos termos em que reconhecido pelo CONSEF no Acórdão nº 0158- 03/16; c) afastamento da multa de 150% e d) cancelamento do Termo de Depositário Fiel, devolvendo os bens apreendidos ao Recorrente, por ofensa à Súmula nº 323 do STF.

VOTO

O presente Recurso Voluntário objetiva modificar a Decisão proferida pela 2ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração.

Primeiramente, foi arguida a nulidade do Auto de Infração por ausência dos requisitos para o regular lançamento. Todavia, essa preliminar não merece prosperar, uma vez que, conforme já foi analisado na decisão de piso: “... ao contrário do alegado na defesa, o Auto de Infração preenche todos os requisitos de validade previstos nos incisos do artigo 39 do RPAF-BA/99. A descrição do ilícito fiscal é clara e precisa - falta de recolhimento de ICMS retido -, o valor exigido no lançamento de ofício corresponde ao ICMS devido por substituição tributária (ICMS-ST) que foi apurado e retido pelo próprio autuado, conforme os destaques do imposto nas notas fiscais cujos DANFES estão acostados ao processo (fls. 8 a 12). Portanto, há nos autos elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração que foi apurada pela fiscalização e o montante devido pelo sujeito passivo.”.

No mérito, conforme afirmativa do recorrente, não houve falta de recolhimento do ICMS ST na remessa interestadual promovida por Contribuinte com inscrição na Bahia, na condição de substituto tributário, porque o Recorrente encontrava-se dentro do prazo legal para efetuar o pagamento do imposto, por força da Cláusula Quinta do Protocolo ICMS 105/09.

O recorrente demonstrou ainda que a empresa autuada sempre esteve amparada pelas Certidões de Regularidade Fiscal apresentadas e pela concessão da Medida Liminar, a qual vigora até hoje, que suspendeu a exigibilidade dos créditos tributários cujo objeto seja o Decreto Estadual nº 14.213/2012.

Imperioso observar que, conforme análise da certidão apresentada pelo Recorrente (fls. 65 e 66; 268/271), percebe-se que estão discriminados os processos cuja exigibilidade encontra-se suspensa em atendimento à Liminar relativa ao MS 0001184-25.2013.8.05.0000 desde 30/07/2013, incluindo o PAF 210587.0818/15-3, o qual, segundo a Autoridade Fiscalizadora em informação fiscal apresentada, teria ensejado a infração.

Insta ressaltar que a lavratura deste Auto de Infração vai de encontro com a Liminar Concedida, vez que, além de determinar a inexigibilidade de quaisquer cobranças a título de ICMS com fundamento do Decreto nº 14.213/12, foi solicitado e atendido também o pleito de que as autoridades responsáveis pela aplicação desta norma se abstenham de promover a retenção das mercadorias ou a realização de quaisquer outras medidas coercitivas e/ou sanções fiscais dela decorrente.

Vislumbro que esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal já se debruçou sobre matéria idêntica, contra o contribuinte, no Acórdão nº 0129-11/17, julgando, por unanimidade, pela Improcedência da autuação.

Assim, por tudo o quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração. Por fim, recomenda-se à Autoridade Fiscal verificar se o imposto retido e destacado nas NFs objetos da autuação tiveram recolhimento no prazo regulamentar.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210587.0818/15-3**, lavrado contra **JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS